Unknown

# O MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO CIVIL: ALGUMAS QUESTÕES POLÊMICAS

Revista de Processo | vol. 61 | p. 36 | Jan / 1991
Doutrinas Essenciais de Processo Civil | vol. 3 | p. 1213 | Out / 2011
DTR\1991\262

**José Roberto dos Santos Bedaque**

**Área do Direito:** Geral
**Sumário:**

- 1.Considerações preliminares - 3.A função do Curador de incapazes - O incapaz sem direito - 6.Incapacidade em ambos os pólos - O Curador de Incapazes e o possível direito subjetivo do incapaz - 8.Conclusão. III - Ministério Público e jurisdição voluntária

## I - INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por escopo a análise de algumas peculiaridades resultantes da atuação do Ministério Público no campo do processo civil. Os limites desta abordagem não permitem, evidentemente, que a matéria seja esgotada. Não se trata, portanto, de um exame exaustivo sobre a participação do Ministério Público nas relações processuais civis. Pretende-se, apenas, tratar de algumas características próprias que essa atividade assume no sistema processual civil brasileiro. Convém ressaltar, inicialmente, que, ao contrário do que se verifica na legislação alienígena, o Ministério Público tem participação destacada no processo civil pátrio. Daí decorrem inúmeras conseqüências, duas das quais serão aqui tratadas.

Antes, porém, necessário se faz uma rápida passagem pelo direito estrangeiro.

Na Alemanha, acanhado é o papel do Ministério Público no âmbito civil, em face da natureza privada dos interesses em conflito, competindo ao Juiz o zelo pelos interesses públicos. Sua atuação está limitada aos processos de anulação de casamento e de interdição.[1] Assim mesmo, trata-se de mera faculdade.[2]

Essa restrição à atividade do Ministério Público na Alemanha constitui, provavelmente, uma reação ao nacional-socialismo, quando a Instituição teve alargado seu campo de atuação, fenômeno que "passou à história como expressão de interferência de outro poder na independência dos Juízes e como tendo origem em convicções ideológicas oriundas de regime não democrático. E mais. Os teóricos de hoje aliam essa visão panorâmica a um outro fator político-jurídico relevante: o fato de o Promotor de Justiça dos países socialistas terem, hoje, função similar àquela exercida pelo Ministério Público alemão da época do nazismo".[3]

Também restrita e excepcional é a atribuição Ministério Público no processo italiano, em hora haja uma tendência de ampliação, o que pode ser visto "como reflexo", no terreno da jurisdição da crescente intervenção dos poderes públicos na atividade dos sujeitos privados".[4]

O rol das atribuições do Ministério Público no processo italiano encontra-se basicamente, nos arts. 69 e 70 do Código. O exercício da ação civil pública é possível apenas nos casos taxativamente previstos em lei.[5] A intervenção em processos pendentes é mais freqüente,[6] embora nem sempre obrigatória.[7] No direito francês, a intervenção é obrigatória perante a Corte de Cassação; é, em princípio, facultativa diante da *grande instanse* e da Corte de Apelação. Passa a ser obrigatória quando e lei determina seja intimado do ato processual, ou quando o Juiz solicita sua manifestação. Além de intervir (*réquisition*), pode o Ministério Público também propor ação, quando autorizado por lei (CPC (LGL\1973\5), art. 422). Também pode atuar, como parte principal, para a defesa da ordem pública.[8] O Ministério Público espanhol, denominado *Ministério Fiscal*, tem a função precípua de garantir o exercício da jurisdição e de tutelar o interesse público no processo. As regras que prevêem sua intervenção no processo civil são esparsas e assistemáticas. Basicamente é parte na relação processual em hipóteses concernentes ao estado civil, ao matrimônio e filiação (Código Civil (LGL\2002\400), arts. 98, 102, 177), interdição (215) e títulos nobiliárquicos (arts. 2 e 3, RO

13.11.22). Atua, ainda, eventualmente, como representante de incapaz que não tenha (função puramente representativa, de caráter provisório) e em casos relevantes (execução de sentença estrangeira, suspensão do processo civil por prejudicialidade penal, revisão, admissibilidade de recurso de cassação, competência). Também nos procedimentos de jurisdição voluntária, quando, além das previsões específicas. houver interesse público ou disser respeito a pessoas ou coisas cuja proteção pertença à Autoridade (LEC, art. 1.815). Pode, por fim, interpor recurso de cassação, no interesse da Lei (LEC, art. 1.782).[9] Bem diversa se apresenta a atuação do Ministério Público no processo civil brasileiro. Basta dizer que a legitimidade para propor a chamada ação civil pública abrange mais de uma centena de hipóteses.[10] Os casos de intervenção também são inúmeros. Além da regra geral do art. 82 do CPC (LGL\1973\5), vários outros dispositivos, do próprio Código ou de leis esparsas, prevêem a participação do órgão ministerial nas relações processuais civis.[11]

Essa profunda diferença entre o sistema processual civil brasileiro e os estrangeiros implica em que algumas afirmativas feitas pela doutrina pátria, louvando-se em autores alienígenas, não pode ser aceita. Procurar-se-á analisar duas dessas conclusões, tentando demonstrar sua inexatidão perante o nosso Direito. São elas: a) o Ministério Público, quando intervém no processo em razão da incapacidade da parte (CPC (LGL\1973\5), art. 82, I), atua como fiscal da lei, imparcialmente; b) o Ministério Público intervém em todos os processos de jurisdição voluntária (CPC (LGL\1973\5), art. 1.105).

Antes de adentrar aos temas específicos do trabalho, convém estabelecer uma premissa, da qual decorrem algumas conseqüências importantíssimas e que não têm sido tratadas com o devido cuidado pela doutrina. Trata-se da natureza da função do Ministério Público: *o Promotor de Justiça é sempre parte no processo*.

A questão é bastante controvertida.[12] Costuma-se distinguir o Ministério Público *parte* do *fiscal da lei*. Essa distinção, todavia, nada tem de científica visto que, mesmo atuando como fiscal da lei, o Curador não perde a qualidade de parte. Como bem pondera Dinamarco, a "qualidade de parte reside na titularidade dos deveres, ônus, poderes, faculdade, que caracterizam a relação processual; partes são os sujeitos do contraditório instituído perante o Juiz, ou os sujeitos interessados na relação processual (em confronto com o Juiz, que é imparcial e desinteressado do resultado final da causa)".[13] Na verdade, sempre que o Ministério Público intervém em uma relação processual civil, assume ele todas as posições inerentes a tal relação jurídica. O fato de estar ou não vinculado a um dos interesses em conflito não lhe retira a qualidade de ser sempre titular de ônus e deveres na relação processual.14 Aliás, o Egrégio STF já negou às expressas os efeitos da distinção, ao proclamar que, seja órgão agente, seja órgão interveniente (ou, como se preferir, seja parte, seja fiscal da lei), terá o Ministério Público, *sempre*, o mesmo prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer."[15] II - A CURADORIA DE INCAPAZES

**1. Considerações preliminares**

Determina o legislador processual civil que o Ministério Público participe de todos os processos em que haja interesse de incapazes (art. 82, I).

Existe polêmica a respeito da natureza da função a ser desempenhada pelo Curador de Incapazes.16 Sustenta a doutrina tradicional que o órgão do Ministério Público, quando intervém nas relações processuais de que participam incapazes, tem por objetivo a defesa do interesse público, consubstanciado na correta aplicação da lei. Assim, atuaria ele de forma absolutamente desvinculada dos interesses do incapaz, podendo posicionar-se livremente, ainda que sua intervenção resulte em benefício para a parte capaz.16-A

A se aceitar tal conclusão, demasiadamente simplista, ter-se-ia como imprescindível a participação do Ministério Público em todas as relações processuais civis, visto que o escopo da correta atuação da lei está sempre presente, independentemente da natureza do direito discutido. Aliás, é exatamente esse objetivo que distingue a jurisdição das demais atividades do Estado.17 Daí por que grande parcela daqueles que se preocupam com a natureza das funções do Ministério Público no processo civil tem objetado a corrente tradicional, cujas conclusões, evidentemente, não satisfazem. 2. O Ministério Público e o interesse público

Para bem compreender a questão deve-se, antes de mais nada, verificar, na legislação vigente, quais as atribuições do Ministério Público.

O art. 1º da Lei Complementar federal 40/81, bem como o art. 1º da Lei Complementar estadual 304/82, estabelecem que cabe ao Ministério Público a defesa, perante o Judiciário, da ordem jurídica estabelecida e dos interesses indisponíveis da sociedade, da fiel observância da Constituição e das leis.[18]

A interpretação desses textos legais leva à conclusão de que o interesse público a ser defendido pelo órgão ministerial não reside apenas na correta atuação da lei. Tal preocupação lhe dirá respeito apenas quando o processo versar um outro interesse público, considerado pelo legislador como indisponível e, portanto, de interesse para toda a sociedade.[19]

Em suma *o interesse público existente em todo processo*, e que se caracteriza pelo próprio escopo deste (atuação da lei), *não é suficiente para determinar a intervenção do Ministério Público*.Para tanto, é necessária a presença de outro interesse, previamente considerado pelo legislador ou passível de identificação por critérios científicos.

Assim, o Promotor de Justiça é titular da ação penal porque, ao postular a punição do suposto autor de um delito, está ele atendendo ao interesse da sociedade, consistente em afastar de seu convívio determinados indivíduos, que não acatam as normas consideradas pelo Estado como fundamentais à sua própria existência. Também em razão da natureza pública e indisponível do interesse, está ele legitimado a propor ação civil pública em defesa do meio ambiente e do consumidor (Lei 7.347/85, art. 5º). A intervenção do Curador nos processos em que se discute o estado das pessoas (CPC (LGL\1973\5), art. 82, II), decorre do entendimento do legislador de que tal matéria interessa não apenas às partes em litígio, mas a toda sociedade.

Os interesses, nessas hipóteses, extravasam os limites da relação jurídica, atingindo pessoas que dela não fazem parte, mas que, de maneira indireta, são afetadas pelo resultado do processo. Daí a sua indisponibilidade e, em conseqüência, a necessidade de atuação do Ministério Público, seja propondo demandas, seja intervindo nos processos que os tenham por objeto.

Outra não é a razão pela qual o legislador processual exige a presença do Curador sempre que no processo houver capazes (CPC (LGL\1973\5), art. 82, I).[20]

**3. A função do Curador de incapazes - O incapaz sem direito**

A discussão reside exatamente no papel do Curador de Incapazes: deve ele sempre em defesa do incapaz, ou posicionar-se livremente?

No âmbito da Curadoria de Ausentes e Incapazes da Capital a questão é polêmica, embora prevaleça a primeira corrente.

A chamada posição vinculada, sem dúvida, traduz com mais precisão o objetivo pretendido pelo legislador ao determinar a intervenção do Ministério Público nos processos em que houver incapazes. Vejamos porque.

Não parece razoável entender que o Curador possa atuar contra o incapaz. Se o legislador exigiu sua presença na relação processual *apenas* porque dela participa um incapaz, fê-lo, obviamente, para que os interesses deste último sejam defendidos com maior zelo. Ora, se o Curador manifesta-se contra o incapaz, na feliz imagem de Antonio Celso de Camargo Ferraz, o remédio estaria matando o doente.

Equivocada a conclusão de que o Ministério Público não pode vincular-se ao interesse particular da parte, por estar sua função voltada para a defesa do interesse público. No caso da Curadoria de Incapazes, o interesse público encontra-se materializado em um dos pólos da relação processual, qual seja, aquele ocupado pelo incapaz. *Ele é a razão de ser da intervenção do Ministério Público no processo; ele representa, no caso, o interesse público*.21

Com essa regra, o legislador processual civil pretendeu que o contraditório fosse mantido em toda a sua integridade. Como o incapaz não pode manifestar livremente a sua vontade (pelo menos não pode fazê-lo sozinho), não se sabe se o representante legal está cumprindo fielmente seu mister. Para afastar esse risco, o legislador exigiu a presença do Ministério Público, cuja função é zelar pelo interesse do incapaz, considerado indisponível. Tal indisponibilidade faz com que esse interesse extravase o âmbito da relação jurídica de direito material, o que torna o Estado preocupado com a

sua efetividade.

4. O incapaz sem direito

Afirma-se que, se o órgão ministerial concluir pela inexistência de qualquer direito indisponível do incapaz, não há o que defender, devendo ele, nesse caso, postular pela correta atuação da lei, ainda que em benefício da parte capaz.

Tal conclusão, todavia, não se mostra correta.

Toda demanda tem por fundamento a existência ou inexistência de um direito subjetivo, deduzido pelo autor na inicial, Direito subjetivo nada mais é do que o resultado da subsunção de uma situação de fato a uma previsão abstrata feita pelo legislador. Todas as pessoas que se encontrarem naquela situação de fato, em posição tal que a norma de direito material considere como vantajosa, são titulares de direito subjetivo.[22]

Ao propor uma ação, a pessoa narra uma situação fática que, segundo ela, está abstratamente prevista pela norma de direito material; sustenta, pois, a subsunção do fato à regra geral. Pretende que aquela situação de vantagem seja reconhecida pelo Magistrado (não importa o tipo de provimento; o objeto do processo versará sempre um direito subjetivo).

Para que o pedido formulado seja acolhido, é necessária a presença de dois requisitos: a) que a situação fática alegada seja verdadeira; b) que ela realmente esteja prevista na norma geral. O Curador de incapazes deve, lavando em consideração estas premissas, desenvolver sua atividade processual de forma a ajudar o incapaz. Ou seja, o Curador deve dispender todos os esforços para que os fatos alegados pelo incapaz fiquem demonstrados e, quanto à adequação dos fatos à norma, desenvolver raciocínio jurídico sempre favorável ao incapaz.

Pode acontecer, evidentemente, que, apesar de todas as providências do Curador, não se consiga provar os fatos narrados pelo incapaz. Também é possível que os fatos descritos pelo incapaz não lhe assegurem qualquer situação de vantagem prevista em lei, o que implica inexistência de direito subjetivo. Não se pode exigir do Curador, nesses casos extremos, a defesa intransigente dos interesses do incapaz, obrigando-o a violentar sua própria consciência. Em tais hipóteses, a função do Curador se esgota na tentativa de demonstrar a ocorrência da situação fática favorável ao incapaz, ou da subsunção desta à regra legal. Como tal não foi possível, não poderá ele sustentar uma situação vantajosa para o incapaz, pois ela inexiste.

Por outro lado, o que não se admite é a possibilidade de o Curador de Incapazes tecer argumento em favor da parte capaz, procurar provas para favorecê-la, ou, até, desenvolver raciocínio jurídico no sentido de que os fatos efetivamente demonstrados se subsumem a uma norma que a favorece.[23] Nessas hipóteses, esgotou ele os meios de que dispunha para auxiliar o incapaz. Deve, pura e simplesmente, declarar nada mais ter a deduzir em favor da parte a quem lhe compete assistir.[24] 5. Situações duvidosas

Há, todavia, determinadas situações, não tão extremadas, que revelam a necessidade de uma atuação vinculada ao incapaz, bem como demonstram a fragilidade da corrente oposta. Imagine-se que, após a instrução, reste dúvida no espírito do Curador quanto à ocorrência dos fatos afirmados pelo incapaz. Poderá o representante do Ministério Público socorrer-se das regras sobre o ônus da prova, para concluir que o resultado da demanda deve ser desfavorável ao incapaz? Parece que não. Tais regras são dirigidas ao julgador que, embora sem haver formado seu convencimento, não pode de decidir. O Curador deve procurar, sempre possível, ter um papel ativo na defesa do incapaz. Esse deve ser o seu comportamento quando houver dúvida quanto ao resultado do conjunto probatório. Caso contrário, estará retirando do incapaz o benefício pretendido pelo legislador.

Mas não é só: e se o Magistrado, ao valorar a prova, concluir pela existência da situação de vantagem afirmada pelo incapaz? Teríamos, então, o reconhecimento do direito indisponível contra a conclusão daquele a quem cabia a sua defesa.

Ressalte-se que, na hipótese imaginada, a defesa do direito subjetivo do incapaz depende apenas da avaliação das provas cujo resultado não se mostra convincente. Ainda assim, o juízo do Curador deve ser favorável ao incapaz, mesmo porque eventual posição contrária pode decorrer de equívoco na análise do conjunto probatório.

Pense, ainda, no seguinte exemplo: os fatos foram suficientemente demonstrados, mas a subsunção destes à norma é duvidosa, visto que a regra legal admite mais de uma interpretação. Assim, se prevalecer a posição X, ocorre a adequação dos fatos à norma, sendo possível o reconhecimento do direito do incapaz; caso contrário, não há subsunção e, em conseqüência, não há direito subjetivo. Se o Curador de Incapazes, podendo atuar livremente, entender que a interpretação correta é a que favorece o incapaz, oferecerá estação nesse sentido. Mas o Juiz Tribunal podem optar pela corrente contrária e reconhecer a existência do direito subjetivo indisponível reclamado pelo incapaz.

Parece absurdo admitir que o Curador de Incapazes somente auxiliará o incapaz se o seu entendimento a respeito da norma legal, de interpretação controvertida, for favorável a este último.

Fosse isso possível, o incapaz somente teria a ajuda do Ministério Público, na defesa de seu direito indisponível, se o Curador adotasse, dentre as várias interpretações admissíveis da regra legal, aquela que lhe fosse favorável. Além de frustrar a intenção do legislador, tal posição estaria sujeita a alterações, na medida em que há a possibilidade de não ser o mesmo Curador a se manifestar durante todo o processo.[25]

Assim, todas as vezes em que seja possível mais de uma interpretação, quer dos fatos, quer da norma, o Curador deve sempre optar por aquela mais favorável ao incapaz.

**6. Incapacidade em ambos os pólos - O Curador de Incapazes e o possível direito subjetivo do incapaz**

Em uma relação processual onde haja incapazes nos dois pólos, segundo corrente dominante, basta a intervenção de um Curador apenas, pois este vai defender o interesse público daquele que efetivamente seja titular do direito subjetivo discutido nos autos.

Pergunta-se porém: e se houver dúvida quanto aos fatos, sendo perfeitamente possível a opção por qualquer das partes? Trata-se de pura questão de juízo de valor sobre as provas, cujo resultado pode variar segundo o intérprete. Será justo que, nesse caso, o Curador opte por um dos incapazes, tecendo argumentos em seu favor, em detrimento do outro? A própria situação apresenta-se duvidosa, não admitindo conclusão segura a respeito. Se a hipótese permite conclusões em ambos os sentidos, será justo que apenas um dos incapazes conte com o apoio do Ministério Público?[26] A defesa da posição desvinculada fica ainda mais difícil nas hipóteses em que se admitem várias interpretações da norma abstrata. Qual delas escolheria o Curador? E o incapaz, cuja tese não foi adotada, ficaria sem um órgão público para defender seu possível direito subjetivo indisponível, que vai existir, ou não, dependendo exclusivamente da interpretação dada a regra legal?

7. O Curador de Incapazes e o possível direito subjetivo do incapaz

Como o problema de existência de um direito subjetivo depende da demonstração dos fatos alegados e da subsunção destes na regra abstrata, deve o Curador de Incapazes sempre: a) fazer o possível para que os fatos alegados pelo incapaz fiquem provados; b) procurar sempre a interpretação da norma que favoreça o incapaz; e) se não for possível a defesa do incapaz, pela falta absoluta de prova dos fatos ou pela não subsunção destes à norma abstrata, jamais assumir posição favorável aos interesses disponíveis da parte capaz.

Se o incapaz não tiver direito algum, em que pese o esforço desenvolvido pelo Curador no processo, tanto no aspecto fático, quanto no jurídico, ainda assim a missão entregue pelo legislador ao Ministério Público foi fielmente desempenhada. E necessário entender que o único motivo pelo qual a intervenção do Curador de Incapazes se faz imprescindível é a presença do incapaz na relação processual. E para evitar o risco de um contraditório desequilibrado, de um prejuízo para o eventual direito indisponível do incapaz. Na verdade, nem importa tanto se o direito do incapaz existe ou não. O que a lei pretende com essa exigência é assegurar um *contraditório efetivo e equilibrado*.[27] Ao contrário do que pode parecer, não há demérito algum em o Ministério Público vincular-se a um dos pólos do processo. Como se viu, existe um interesse público a justificar tal vinculação. O que não se explica é a intervenção do Curador para defender a correta aplicação da lei, visto que tal função é do Magistrado.

Assim, não intervém o representante do Ministério Público para defender interesses materiais do incapaz sempre, pois pode ocorrer que tais interesses não configurem direitos subjetivos. A razão de ser de sua intervenção está em procurar demonstrar a existência desse direito subjetivo do incapaz,

que pode não estar sendo suficientemente defendido. Esse é o interesse público vislumbrado pelo legislador, como causa da participação do Ministério Público no processo.

Por isso, deve o Curador desenvolver todos os esforços no sentido de que a situação favorável ao incapaz resulte demonstrada. Se, porém, tal conclusão não se apresentar possível, obviamente não se exige dele o papel de defensor do incapaz. O que se sustenta é a impossibilidade de o representante do Ministério Público atuar em defesa de outros interesses, que não aqueles que justificaram a sua intervenção no processo.

Em síntese: a razão de ser da intervenção do Ministério Público nas relações processuais civis de que participem incapazes é, exclusivamente, a presença destes últimos e a possível existência de um direito subjetivo a eles pertencentes. Cabe ao Curador zelar pela efetividade do contraditório. Se o Curador esgotou todos os meios possíveis à demonstração da existência de tal direito e não conseguiu, cumpriu sua função. Deve eximir-se de qualquer outra manifestação que porventura venha a beneficiar interesses disponíveis. A defesa destes cabe apenas ao seu titular; e a correta aplicação da norma, reconhecendo-os como direitos subjetivos, é função do Juiz. Ao Curador de Incapazes compete defender o interesse público, consubstanciado na efetividade do contraditório, que, em razão da presumida fraqueza de uma das partes (o incapaz), pode encontrar-se desequilibrada. Essa função é tão nobre quanto todas as demais exercidas pelo Ministério Público. Não vamos desfigurá-la.

**8. Conclusão. III - Ministério Público e jurisdição voluntária**

Por tudo o que ficou exposto, opta-se pela corrente daqueles que sustentam ser o Curador de Incapazes um assistente especial,[28] cuja presença nos processos civis onde participem incapazes é necessária para assegurar o equilíbrio do contraditório. Preocupou-se o legislador com a efetividade desse princípio processual, em razão da natureza indisponível dos direitos dos incapazes. Aqui está o interesse público cuja defesa foi entregue ao Ministério Público.[29] III - MINISTÉRIO PÚBLICO E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

Muito se tem discutido a respeito da regra contida no art. 1.105 do CPC (LGL\1973\5), segundo a qual o Ministério Público deve ser citado (na verdade intimado) para intervir nos chamados procedimentos de jurisdição voluntária. Controvertem doutrina e jurisprudência sobre a efetiva necessidade de participação do órgão ministerial em todas as relações processuais voluntárias.

Sustentam alguns que a referida norma deve ser interpretada em conjunto com o art. 82 do mesmo estatuto, resultado daí que a intervenção somente ocorrerá se verificada uma das hipóteses ali previstas. Para outros, o legislador entendeu obrigatória a atuação do Ministério Público em todos os processos voluntários, independentemente da regra do art. 82.

Dois eminentes membros do Ministério Público de São Paulo abordaram recentemente a questão, cada qual defendendo uma das posições acima referidas.[30]

Anteriormente, o problema já fora tratado, também por integrantes do *Parquet* paulista.[31] Todos aqueles que discorreram sobre o tema, o fizeram com insuperável brilhantismo. Pouco, ou quase nada, resta para ser debatido, visto que os argumentos foram apresentados de maneira clara e precisa. Basta examiná-los e optar por uma das conclusões.

Apesar disso, tentar-se-á trazer novos elementos, a fim de ampliar o âmbito da discussão. As idéias aqui expostas foram apresentadas pela primeira vez em 07.05.1984, nos autos do Proc. 1.174/80, da 7ª Vara Cível da Capital.

1. A jurisdição voluntária

Sem a pretensão de esgotar o tema, far-se-á rápida abordagem a respeito da natureza jurídica da jurisdição voluntária.

Sustentam alguns tratar-se de atividade tipicamente jurisdicional, pois o Magistrado tutela interesses privados insatisfeitos, atuando o direito objetivo ao caso concreto, de forma imparcial e sem fazer valer interesses próprios. Estariam presentes, assim, todos os elementos da jurisdição contenciosa.[32] Fala-se também que, tanto na voluntária, quanto na contenciosa, o Juiz encontra-se na posição de indiferença quanto ao efeito produzido pelo provimento.[33]Afirma-se, ainda, que, em determinados

casos, a eficácia de uma norma somente se torna possível quando presente o Estado, presença essa imediata, não mediata. Se o Estado aplica tais normas, existe coação e atividade processual, cuja finalidade é a prevenção da lide. Tais elementos são suficientes para considerar a jurisdição voluntária como atividade tipicamente jurisdicional.[34]

Há quem considere a jurisdição voluntária uma atividade substancialmente diversa da jurisdição e da administração, ou seja, uma categoria distinta que reúne determinadas características comuns aos atos estatais em geral.[35]

A corrente dominante, todavia, entende ser a jurisdição voluntária uma atividade substancialmente administrativa, exercida por órgãos jurisdicionais. O legislador entregou à proteção do Estado determinados interesses privados, que são relevantes também para ele, impondo-se a cooperação de um órgão público para controlá-los. O simples fato de tal atividade ser atribuída ao juiz não é suficiente para torná-la jurisdicional. Mais correta, portanto, é a definição de jurisdição voluntária como "administração pública de direito privado".[36] Tende ela a constituir relações novas, enquanto a contenciosa realiza relações já existentes. Aqui, o Estado providencia para que a relação atinja sua finalidade prática; que seja atuada normalmente frente a outra pessoa; intervém o órgão estatal no meio de dois contendores. Na jurisdição voluntária, pressupõe-se uma relação jurídica que, por si só, com a simples declaração de vontade das partes, não poderia formar-se; para tanto, exige-se a intervenção de um elemento extrínseco - o Estado - que analisa sua conveniência e legalidade, exercendo função análoga à do tabelião que intervém em determinados atos jurídicos. O Estado coopera para a formação de uma relação jurídica, agindo junto ao particular interessado. Na jurisdição contenciosa, o Juiz age frente a duas partes, estranho aos interesses em conflito. Este pode existir na jurisdição voluntária e faltar na contenciosa. Mas, nesta, o Juiz, ao impor a norma, realiza o interesse da parte em lugar dela, visto que vedada a auto-defesa; se existir conflito, prevalecerá aquele interesse que corresponder ao direito. Na voluntária, o Juiz ajuda a parte a realizar seu interesse, eventualmente em contraste com outros, da melhor maneira possível.[37] O que ocorre na jurisdição voluntária, em verdade, é a atribuição de determinada função a órgãos constituídos legalmente para exercer outra substancialmente diversa. Os atos de jurisdição voluntária são administrativos em razão da finalidade e dos efeitos. O campo de sua atuação é exatamente aquele onde o Estado, limitando a autonomia dos cidadãos, intervém para conceder ou não determinados efeitos à vontade daqueles. É a chamada "administração pública de interesses privados". O efeito desejado pela parte somente poderá ocorrer após a verificação, pelo Estado, de seus pressupostos e de sua conveniência. Essa administração pode ser efetuada por órgãos não jurisdicionais (intervenção do oficial do Registro Civil na constituição da relação matrimonial). Mas pode ser que, por conveniência prática ou tradição, tal função seja atribuída ao Juiz. Nada mais é, portanto, que a administração pública de direito privado exercida por órgãos jurisdicionais.[38] O escopo de atuação dos órgãos jurisdicionais, em casos de jurisdição voluntária, não é aquele de garantir a observância do direito, mas o de proporcionar, da melhor forma possível e nos *limites do* direito, a satisfação dos interesses existentes na relação jurídica.[39]

Embora em alguns casos seja fácil a distinção entre os atos de jurisdição voluntária e aqueles tipicamente jurisdicionais, há hipóteses que se situam naquela situação intermediária, limítrofe entre uma atividade e outra, tornando-se difícil a identificação. Imagine-se qualquer um daqueles casos em que a atividade jurisdicional é necessária, mesmo que as partes estejam dispostas a, espontaneamente, atuar a vontade concreta da lei: anulação de casamento, por exemplo. As partes poderiam, sem a participação do Juiz, extinguir a relação jurídica, visto que há concordância entre elas. Ou a lei poderia atribuir a função de verificar o pressuposto da dissolução a outros órgãos, não pertencentes ao Judiciário. A situação assemelha-se àquelas de jurisdição voluntária, onde a colaboração do Estado ocorre para que seja possível a constituição de efeitos jurídicos desejados pelas partes.[40]

Conclui-se, assim, que a diferença entre a jurisdição voluntária e os chamados processos constitutivos necessários encontra-se na natureza da função exercida pelo Juiz. Na jurisdição voluntária ele reconhece ou não um acordo de vontades como apto a produzir efeitos jurídicos. Na sentença constitutiva há o reconhecimento de que determinado dispositivo legal deve ser aplicado. Eventual acordo entre as partes é irrelevante aqui. Prevalece a verdadeira finalidade da jurisdição, que é garantir a observância do ordenamento jurídico. Na jurisdição voluntária, o objetivo do Magistrado não está voltado para a garantia do direito objetivo, mas sim para a satisfação dos interesses privados, nos limites do direito. A jurisdição voluntária pertence à atividade social do Estado, não à jurídica: o direito constitui escopo seu, mas meio para atingir outros fins.

Pode-se dizer que o mesmo raciocínio a ser utilizado na distinção entre a atividade jurisdicional necessária e atividade administrativa do Estado é válido para o caso em análise. Quando o oficial do Registro Civil intervém na constituição do casamento, limita-se a verificar se o acordo de vontades está apto a produzir os efeitos dele decorrentes. Na atividade jurisdicional necessária há o reconhecimento de que determinado dispositivo legal deve ser aplicado, independentemente da existência de acordo entre as partes. Vislumbra-se, o escopo da atividade jurisdicional, qual seja, a manutenção da integridade do ordenamento jurídico, com o que se alcança a paz social. Para tanto, o Juiz *substitui* as partes na atuação vontade concreta da lei.

Na jurisdição voluntária, o juiz reconhece aptidão a um acordo de vontades para produzir efeitos jurídicos. A sentença constitutiva implica a aplicação de um dispositivo legal pelo Juiz, em substituição à atividade primária das partes, sendo absolutamente irrelevante que estas estejam ou não de acordo com a incidência. Prevalece aqui o escopo da jurisdição, que é a garantia do ordenamento jurídico. Ao atuar na jurisdição voluntária, o juiz não tem por objetivo imediato a observância da lei. Sua finalidade é analisar a vontade dos requerentes e verificar se estes observaram a lei. Esta é apenas um meio para se atingir um objetivo: o efeito desejado pelas partes. Na jurisdição típica, este é irrelevante, pois prevalece o escopo dessa atividade estatal: a atuação da lei e manutenção do ordenamento jurídico.[41] Tanto que, ao se analisar uma petição de separação amigável (jurisdição voluntária), o Juiz concluir que o acordo contraria determinada norma cogente, não o homologará. Tivesse ele no exercício de sua função típica, aplicaria a norma coercitivamente. Isso ocorre porque, na jurisdição voluntária, ao contrário da contenciosa, não atua ele *substitutivamente*. 2. O Ministério Público e o art. 1.105 do CPC (LGL\1973\5)

Cumpre, desde logo, afastar a afirmação de que o art. 1.105 é suficientemente claro, dispensando interpretação (*in claris cessat interpretati*). Prefere-se o ensinamento de Ulpiano: embora claríssimo o édito do pretor, não se deve descurar da interpretação respectiva (*quamvis sit manifestissimum edictum attamen non est negligenda interpretatio ejus*).42 Em que se pese o disposto no art. 1.105 do CPC (LGL\1973\5),[43] o Ministério Público não deve intervir em todos os procedimentos de jurisdição voluntária. Vejamos por que.

**2.1 O processo e o interesse público**

A participação do Curador nas relações processuais civis ocorre toda vez que o interesse público o exigir. As hipóteses em que o legislador entende presente tal interesse estão previstas no art. 82, I e II do CPC (LGL\1973\5). No inc. III desse dispositivo, encontra-se norma de encerramento, cujo objetivo é abranger determinados casos não especificados em lei.

Desde logo pode-se afirmar que existe algo em comum nas previsões legais. Em todas elas verifica-se a existência de um interesse maior, que extravasa a esfera particular. É exatamente esse interesse que justifica a intervenção do Ministério Público no processo civil.

Não se pode negar que em todo processo existe interesse público, na medida em que a atividade jurisdicional do Estado tem por objetivo a correta aplicação do direito ao caso concreto. Essa concepção da função jurisdicional é, sem dúvida, a que melhor atende à orientação publicista do direito processual moderno. Por isso tem recebido o apoio de prestigiosa corrente doutrinária.[44] Nos países onde prevalece o sistema da legalidade, o legislador formula regras gerais e abstratas, que devem ser observadas por todos. Pode ocorrer, porém, que as pessoas, ao se encontrarem numa situação prevista abstratamente pela lei, não obedeçam ao comando, isto é, não procedam como determinado pela regra geral: os destinatários da norma não têm a conduta que aquela lhes impõe. As normas jurídicas, todavia, são dotadas de coerção, isto é, são não só obrigatórias, mas providas de meios para se impor. O direito deve prevalecer a qualquer custo, mesmo contra a vontade do obrigado. Assim, para aqueles que não estão dispostos a respeitar as regras gerais e abstratas, formuladas pelos órgãos de uma das atividades do Estado (legislativa), necessário se faz uma outra atividade, estatal, que se apresenta como complemento da atividade legislativa. Com esta função, o Estado garante a coercitividade da norma, impondo sua observância: trata-se da atividade jurisdicional. A legislação e a jurisdição constituem, portanto, o que Calamandrei denominou de atividade jurídica do Estado; a primeira destinada a criar o direito; a segunda, a torná-lo efetivo ("prima la posizione e poi l'attuazione del diritto").[45]

Contra a inobservância do direito objetivo, pois, reage o Estado, constituindo o que se pode chamar de garantia jurisdicional das normas jurídicas. Esta entra em ação somente quando a lei não for

cumprida voluntariamente (exceto nos casos de jurisdição necessária). A jurisdição aparece num segundo momento, ou seja, na falta de um evento com o qual se contava num primeiro momento. A coercibilidade do direito se funda assim, em sua garantia jurisdicional que pode torná-lo efetivo obrigatoriamente, assegurando, mediante a força sua observância prática. Pode-se dizer mesmo que a norma jurídica se divide em duas normas complementares: uma, primária, dirigida aos cidadãos; outra sancionatória, dirigida aos órgãos jurisdicionais. Inobservada a norma primária, para torná-la efetiva, entra em ação a norma sancionatória ou secundária.[46]

Conclui-se, dessa forma, que a finalidade da atividade jurisdicional é a manutenção do ordenamento jurídico. Existe, então, em todo processo, um interesse público em jogo, qual seja, o interesse na exata aplicação do direito ao caso concreto. Somente assim a jurisdição atingirá seu objetivo, que é a atuação da lei e, conseqüentemente, a paz social.

Melhor explicando. O Estado estabelece normas gerais e abstratas, acompanhadas de sanção, visando a regular a atribuição e gozo dos bens. Mas a eficácia dessas normas deve ser garantida pelo próprio Estado. Surge, assim, a jurisdição, cuja finalidade é assegurar a observância do ordenamento jurídico. A jurisdição foi criada pelo Estado, portanto, para atender ao interesse público da realização do direito.[47]

Se o processo é o instrumento de atuação da atividade jurisdicional, pode-se afirma que existe interesse público em todas as relações processuais.

Ora se em todos os processos está presente o interesse público da atuação do direito, a participação do Ministério Público seria sempre necessária?

Embora exista quem, *de lege ferenda*, sustente tal ponto de vista,[48]não é esse ma vigente, pois a lei brasileira especificou os casos de intervenção. Assim, mesmo havendo interesse público em todo processo, a intervenção do Curador ocorre somente em alguns casos. Nestes existe, portanto, um interesse público diverso que, ao ver do legislador, faz por merecer uma tutela mais cuidadosa. Tais casos estão previstos no art. 82 do estatuto processual.[49]

3. Ministério Público e os processos voluntários O cerne da questão está em saber se as razões que o legislador levou em consideração, para determinar a intervenção do Estado nas relações privadas, restringindo a autonomia de vontade das partes, são as mesmas que determinam a participação do Ministério Público nos processos civis. Isto é, a administração pública de interesses privados exercida pelo Poder Judiciário (jurisdição voluntária).[50] Ocorre pelo mesmo motivo que levou o art. 82 do CPC (LGL\1973\5) a determinar a intervenção do Ministério Público nas relações processuais? Parece que não. Veja-se, por exemplo, que o representante ministerial participa de todos os processos em que há incapazes (art. 82, I). Nem todos os negócios realizados por incapazes caracterizam jurisdição voluntária. Da mesma forma, o Ministério Público atua em todos os efeitos concernentes ao estado da pessoa e ao casamento (art. 82, II). Muitas dessas relações são constituídas ou modificadas pelas partes, sem intervenção do Juiz (emancipação pelo pai, celebração do casamento). Verifica-se, assim, que razões de ordem pública determinam a limitação da autonomia da vontade das pessoas, acarretando a intervenção de um órgão estatal para analisar a legalidade do ato e a convivência dos efeitos desejados. Esse órgão pode ser o oficial do registro civil (celebração do casamento), o oficial do registro imobiliário (transferência de bens imóveis), ou outros extrajudiciais. Mas tal função pode, também, ser cometida ao Juiz (jurisdição voluntária), Algumas vezes o próprio Ministério Público exerce essa atividade (Lei 6.015/73, art. 67, §§ 1º e 2º). Todos estão no exercício da "administração pública de interesses privados". Outros são os motivos, *também de ordem pública*, que levaram o legislador a tornar obrigatória a intervenção do Ministério Público em determinados processos (CPC (LGL\1973\5), art. 82). Nada impede que o interesse público derive de razões diversas e implique em conseqüências diferentes. Pode, evidentemente, haver coincidência entre tais motivos. Isto é, em algumas hipóteses, tanto a restrição à autonomia de vontade das partes, como a necessidade de intervenção do Ministério Público nos processos, decorrem das mesmas razões de ordem pública. Por isso, o legislador quis deixar claro que, em ocorrendo tal situação, deve o Curador intervir no processo de jurisdição voluntária (art. 1.105). Essa coincidência verifica-se, aliás, na maior parte das hipóteses submetidas a jurisdição voluntária pelo legislador pátrio. A título de exemplo, examinemos alguns casos de jurisdição voluntária, procurando identificar os motivos pelos quais a lei limitou a autonomia de vontade dos participantes da relação jurídica. Na separação judicial consensual, tal ocorre por se entender que a dissolução da relação conjugal interessa a toda sociedade, e não apenas aos cônjuges. Por isso, quis o legislador que a

legalidade dessa dissolução fosse analisada por um Magistrado. *Pela mesma razão*, determinou a intervenção do Ministério Público nos processos contenciosos da separação judicial (art. 82, II). Tratando-se, então, da separação judicial, os valores que determinam a publicização do interesse são os mesmos. Deve o órgão ministerial intervir, pois, nos processos voluntários de separação judicial para, juntamente com o Magistrado, fiscalizar se a dissolução dessa relação jurídica está sendo feita em conformidade com a lei. Ambos estão tutelando o mesmo interesse público. Talvez fosse desnecessária a participação de um deles, mas o legislador entendeu diferentemente. No art. 1.105, sua intenção foi deixar expresso tal entendimento. Assim ocorre em quase todos os casos de jurisdição voluntária, ou seja, o interesse público que determina a intervenção do Estado-Juiz nas relações privadas é o mesmo que justifica a atuação do Ministério Público no processo civil contencioso. Em algumas hipóteses, porém, tal não se dá. Analisando o capítulo da jurisdição voluntária no Código de Processo Civil (LGL\1973\5), verifica-se que inexiste qualquer razão de ordem pública, qualquer interesse indisponível da sociedade, que justifique a participação do Ministério Público nos procedimentos de alienação de coisa comum, administração ou locação de coisa comum, alienação de quinhão em coisa comum e especialização de hipoteca legal.[51] Qual seria, então, o motivo de a alienação de coisa comum ou a especialização de hipoteca legal serem submetidas à fiscalização do juiz? Por que o Estado-Jurisdição intervém nessas relações privadas? Apenas e tão-somente porque as partes não chegaram a um acordo quanto à atuação espontânea do direito objetivo material no caso concreto.[52]*Substituindo* essa atividade primária, que as partes poderiam ter tido e não tiveram, o Juiz vem aplicar a regra legal cabível.

*Nessas hipóteses o Juiz exerce, portanto, função tipicamente jurisdicional*. Não está ele fiscalizando interesses privados com conotação pública. Sua atuação está voltada para a atuação do direito e a pacificação social, agindo substitutivamente, visto que as partes não atuaram voluntariamente a norma aplicável à espécie. Não existe, aqui, pois, aquele interesse público subjacente a justificar a intervenção do Ministério Público, E não existe porque, na verdade, tais hipóteses são de jurisdição contenciosa, não voluntária.[53] Se houve equívoco do legislador quanto à colocação topográfica de tais procedimentos, não vamos avalizá-lo com uma interpretação que acaba desvirtuando a verdadeira finalidade do Ministério Público, que é a defesa dos interesses indisponíveis da sociedade. Em que pese a classificação feita pelo legislador, não tem ela o condão de alterar a natureza das coisas. Os institutos processuais devem ser analisados segundo a sua verdadeira essência. O que prevalece é a correta natureza da atividade jurisdicional, não o esquema utilizado pelo legislador para classificá-la. Onde se encontram as normas que regulamentam esses procedimentos é absolutamente irrelevante. Sua natureza e qualificação jurídica são fornecidas por seu próprio conteúdo.[54] Assim, nas hipóteses elencadas como exceções, poderiam as partes, espontaneamente, aplicar as normas legais regulamentadoras das situações concretas sem necessidade da intervenção do órgão jurisdicional. Os condôminos de e poderiam extinguir o condomínio, nos termos do art. 632 do CC, sem qualquer participação da atividade jurisdicional do Estado. Este só intervém quando as partes da relação jurídica material não chegaram a um acordo quanto à aplicação voluntária da norma. O Juiz, substituindo a atividade primária dos imigrantes da relação, atua a lei no caso concreto. Trata-se de típica atividade jurisdicional, pois o Magistrado age substitutivamente, com o escopo de atuar determinada norma legal porque as partes não o fizeram de maneira espontânea.[55] O mesmo ocorre nos outros casos enumerados, sendo que na especialização de hipoteca o próprio legislador deixou expressa a solução (art. 1.210).

Também equivocou-se o legislador no tocante à classificação do processo de intermediação. Trata-se de jurisdição contenciosa.[56] Aqui, o Juiz aplica a norma jurídica pertinente independentemente da vontade do requerente ou do interditando. O escopo de atuação da vontade concreta da lei e a substitutividade estão presentes ainda que o interditando não se oponha à interdição: esta não ocorrerá se se concluir pela inexistência de incapacidade. É um exemplo de processo necessário de jurisdição contenciosa. O Ministério Público intervém na relação processual em natureza da causa (estado da pessoa).

Verifica-se, pois, que o critério utilizado pelo legislador, para classificar os procedimentos de jurisdição voluntária, deve ser visto com reservas, já que enganos foram cometidos. Em síntese: o legislador, equivocadamente, relacionou entre os processos de jurisdição voluntária algumas hipóteses inerentes à jurisdição contenciosa, sem que exista qualquer razão de interesse público que justifique a intervenção do órgão ministerial.[57] No caso específico da interdição, o Curador intervém porque o processo versa questão de estado, ou seja, é um processo de jurisdição contenciosa em que está presente o interesse público. 4. Conclusão Por isso, opta-se pela corrente restritiva. Não se pode aceitar uma interpretação que leve o Ministério Público a exercer funções não condizentes com

sua verdadeira finalidade. Em verdade, o legislador disse mais do que pretendeu exprimir (*potius dixit quam voluit*).[59] Sua intenção não corresponde à *mens legis*. [60] Com essa interpretação pretende-se apenas adequar a lei aos escopos da Instituição. Se não há interesse indisponível da sociedade a ser defendido, não há porque intervir o Curador no processo. Entre o equívoco do legislador e aquilo que se pretende seja Ministério Público, sem dúvida, prefere-se a segunda opção. [61] Hoje, aliás, existe vedação constitucional ao exercício de funções incompatíveis com sua finalidade (art. 129, IX).[62] Essa conclusão tem implicações na atuação do Ministério Público, como curador especial, nos processos de jurisdição voluntária. Sustenta-se a desnecessidade de nomeação de curador especial para o citado por edital ou com hora certa, tendo em vista as características da jurisdição voluntária.[63] Ocorre que, à vista da legislação pátria, será imprescindível a sua participação em algumas hipóteses elencadas como de jurisdição voluntária, quais sejam, aquelas que, em verdade, configuram jurisdição contenciosa. Por esse motivo, os que postulam pela necessidade dessa nomeação[64] perceberam a realidade brasileira, em que o legislador classificou determinados procedimentos contenciosos entre os de jurisdição voluntária. Nestes, evidentemente, deve ser nomeado curador especial aos citados por edital ou com hora certa. Bibliografia ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal,* t. II, B. Aires, EJEA, 1963, trad. de Santiago Sentís Melendo. ALVES, José Carlos Moreira. "Direito subjetivo, pretensão e ação", in RePro 46/ 109. ALVIM, José Manoel de Arruda. Código de Processo Civil (LGL\1973\5) *Comentado*, v.1, S. Paulo, Ed. RT, 1975. ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito - Introdução* e *Teoria Geral*, Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, 1977. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, dissertação de mestrado inédita. CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, "Opere Giuridiche", v. IV, Nápoles, Morano, 1970. CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Comentários ao* Código de Processo Civil (LGL\1973\5), v.1, t.1, Rio de Janeiro, Forense, 1979. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, S. Paulo, Saraiva, 1969, trad. de Guimarães Menegale. COSTA, Sérgio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, Torino, UTET, 1980. CRUZ, José Raimundo Gomes da. "O problema da vinculação do Ministério Público a uma das partes no processo civil", in *Justitia* 138/103. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, S. Paulo, Ed. RT, 1986; *Instrumentalidade do Processo*, S. Paulo, Ed. RT, 1987; notas à tradução brasileira do *Manual de Direito Processual Civil*, de Liebman; *Teoria Geral do Processo,* em co-autoria, S. Paulo, Ed. RT, 1986; "Curadoria de Ausentes e Incapazes", palestra proferida no *G.E.* Carlos Siqueira Netto, em 16.6.80 "O Ministério Público na Curadoria de Ausentes e Incapazes", in *Reuniões de Estudos de Direito Processual Civil*, publicação da PGJ e da APMP. ESTELLITA, Guilherme. *O Ministério Público e o Processo Civil*, Freitas Bastos,1956. FAZZALARI, Elio. *La Giurisdizione Voluntaria*, Padova, CEDAM, 1953. FERRAZ, Antonio Celso de Camargo. "A intervenção do Ministério Público em favor do interesse público", in *Reuniões de Estudo de Direito Processual Civil,* publicação da PGJ e da APMP. FERRAZ DAL POZZO, Antonio Araldo Prefácio ao trabalho de Hugo Mazzilli, *Curadoria de Ausentes e Incapazes*; "Posição do Ministério Público em segunda instância no cível", in *Justitia* 112/110. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. III, S. Paulo, Saraiva, 1985. GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil.* t. 1, Madri, Inst. Est. Pol., 1968. HABSCHEID, Walther J. *Introduzione al Diritto Processuale Civile Comparato*, trad. de Antonio Briguglio, Rumini, Magginiti Editore, 1985. IBAÑEZ FRONCHAM, Manuel. *La Jurisdicción*, B. Aires, Astrea, 1972. JANNUZZI, Angelo, *Manuale della Volontaria Giurisdizione*, Giuffrè, 1968. JARDIM, Afrânio Silva. *Da Publicização do Processo Civil*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1982. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di Diritto Processuale Civile*, v. I, Milano, Giuffrè, 1973; cf. tp. trad. brasileira, Rio de Janeiro, Forense, 1984; "Execução e ação executiva", in *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*, S. Paulo, Bushatsky, 1976. LIMA, Alcides Mendonça. Atividade do Ministério Público no processo civil - RePro 10/63 (DTR\1978\25). LOPES DA COSTA. *Manual Elementar de Direito Processual Civil* , Rio de Janeiro, Forense, 3ª ed.; *A Administração Pública e a Ordem Jurídica Privada* (Jurisdição Voluntária), B. Horizonte, Bernardo Álvares, 1961. LOPES, José Fernando da Silva. *O Ministério Público e o Processo Civil*, S. Paulo, Saraiva, 1976. MACHADO, Antonio Cláudio Costa. "Jurisdição voluntária, jurisdição e lide", in RePro 37/68 (DTR\1985\65). MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile*, v.I. Torino, Giappicchelli, 1978. MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v.I, 5. Paulo, Saraiva, 1976; *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária,* S. Paulo, Saraiva, 1961; *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1971. MAURICIO, Ubiratan do Couto. *Assistência Simples no Direito Processual Civil*, S. Paulo, Ed. RT, 1983. MAXIMILIANO, Carlos, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 1979. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Públicos em Juízo*, S. Paulo, Ed. RT, 1988; *Manual do Promotor de Justiça,* S. Paulo, Saraiva, 1987; *O Ministério Público na Constituição de 1988*, S. Paulo, Saraiva, 1989; "O Ministério Público e a jurisdição voluntária", in RePro 48/217 (DTR\1987\133)*Curadoria de e Incapazes*, S. Paulo, APMP, 1988. MICHELLI, Gian Antonio. *Corso di*

*Diritto Processuale Civile*, v. I, Milano, Giuffré, 1959.

MILARÉ, Edis. "O Ministério Público e a jurisdição voluntária", in *Justitia* 124/124. NERY JR., Nelson. "A intervenção do Ministério Público nos procedimentos de jurisdição voluntária", in *Justitia* 135/39. NERY, Rosa Maria Barreto B. Andrade. "Notas sobre a Justiça e o Ministério Público no Direito da Alemanha Ocidental", in *Justitia* 136/42. PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Mandado de Segurança Coletivo*, *Mandado de Injunção*, "*Habeas Data*", Rio de Janeiro, 1989. PELUSO, Cezar. Declaração de voto na Uniformização de Jurisprudência n. 86.308-1-SP, j. 04.12.1987. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1978. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Privado*, t. I, S. Paulo, Ed. RT, 1983. PRATA, Edson. "Jurisdição", in *Revisão Bras. de Dir.* Proc. 27/39. REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das Normas sobre a Prova*, S. Paulo, Ed. RT, 1985. SALVADOR, Antonio Raphael Silva. "Ministério Público - Intervenção", in RT 627/263 (DTR\1988\229).

SANSEVERINO, Milton. *Curadoria de Ausentes e Incapazes*, S. Paulo, APMP, 1981. TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*, v. I, S. Paulo, Saraiva, 1977. VELANI, Mario. *Il Pubblico Ministero nel Processo*, v. II, Bologna, Nicola Zanichelli, 1970. VESCOVI, Henrique. Congresso Internacional de Derecho Procesal Civil, Bélgica, Gent, agosto/1977, "Por la humanización de la Justicia - Tareas del Ministerio Publico", in RePro 3/149-174. VIEGAS. João Francisco Moreira. "O Ministério Público interveniente", in *Justitia* 138/100.ZANZUCCHI, Marco Tulio. *Diritto Processuale Civile*, v. I, Milano, Giuffrè, 1964.

14. Essa conclusão decorre do conceito de parte formulado por Liebman (v. Dinamarco, nota 97 ao *Manual*, p. 137). Curiosamente, porém, o próprio mestre cuida das duas posições como fenômenos diversos (cf. *Manual*, pp. 141-142). Razão assiste, porém, a Calamandrei: "I1 PM è dunque parte nel processo civile, ma si distingue nettamente dalle "parti private" (tra le quali rientra anche la pubblica amministrazione attiva, quand'è parte in causa), perchè sta in causa per far valere non diritti soggettivi delio Stato o interessi amministrativi che siano materia deila decisione, ma soltanto, come "parte pubblica", i'interesse generalissimo, e superiore agli interessi dedotti in lite, ai mantenimento della legalità" *(Istituzioni*, p. 519).

16. A controvérsia é antiga, como demonstra José Raimundo Gomes da Cruz, em *O Problema da Vinculação*, p. 103 e ss.

16 -A. *Nesse sentido*: José Fernando da Silva Lopes, para quem a intervenção, nesses casos, não se dirige "a favor de interesse privado da parte incapaz, mas a favor do interesse público na correta aplicação da lei, feita por um juiz eqüidistante e neutro, depois que se consumou toda a atividade processual necessária a uma sentença justa" (*O Ministério Público*, p. 51). Assim também Antonio Raphael Silva Salvador, in RT 627/262; Nelson Nery Jr,, "A intervenção do Ministério Público", in *Justitia*, p. 39, com ampla indicação bibliográfica em apoio à tese. *No mesmo sentido*: Mendonça Lima, *A atividade*, p. 72.

17. Cf. Chiovenda, *Instituições*, p. 3. Cândido Rangel Dinamarco prefere falar em escopos da atividade jurisdicional do Estado, entre os quais encontra-se o jurídico, qual seja, a atuação da vontade concreta da lei (cf. *Instrumentalidade*, p. 447).

21. Precisa a lição de Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo: "O Ministério Público atua, sempre, vinculado à vontade geral que o quer no processo e pelas razões que orientam essa vontade. Se o interesse público o quer na relação processual por que considera a qualidade da parte mais importante que o bem da vida discutido nos autos, não há como ele deixar de atuar em favor dessa parte" (Prefácio ao trabalho de Hugo Mazilli, *Curadoria de Ausentes*, p. IV). Para Hugo Mazzilli, nas hipóteses do art. 82, I, o Ministério Público está "finalisticamente destinado a proteger o interesse personificado que lhe legitima a intervenção" (*Curadoria de Ausentes*, p. 27).

42. Cf. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica*, pp. 33-39; José de Oliveira Ascenção, *O Direito*, pp. 345-346; Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições*, p. 177; Cezar Peluso, declaração de voto na Uniformização de Jurisprudência 86.308-l-SP, j. 04.12.1987; Calmon de Passos, *Mandado de Segurança*, p. 1.

58. "E antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto dentro da letra expressa,

procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade" (Maximiliano, ob. cit., p. 165).

---

1. Rosa Maria B. B. de Andrade Nery, *Notas*, p. 95.

2. Habscheid, *Introduzione*, p.93.

3. Rosa Nery, *Notas*, p. 80.

4. Liebman, *Manual*, p. 136.

5. Idem, *Manual*, pp. 138-139.

6. Idem, ob. cit., pp. 139-140.

7. Cf. Habscheid, *Introduzione,* p. 96; Calamandrei, *Istituzioni*, p. 534 e ss; Mano Velani, *Il Pubblico Ministero*, p. 164 e ss.; Antonio Celso de Camargo Ferraz, para quem o Direito Brasileiro também prevê hipótese de intervenção facultativa, qual seja, o art. 82, III, do CPC (LGL\1973\5) (cf. *A Intervenção do Ministério Público*, p. 43 e ss). *Contra:* Alcides Mendonça Lima, *A Atividade*, p. 73.

8. Habscheid, *Introduzione*, p. 94.

9. Idem, ob. cit., p. 98.

10. Hugo Mazzilli, em enumeração não exaustiva, encontrou nada menos que cento e sete hipóteses em que o Ministério Público tem titularidade ativa (cf. *A Defesa*, pp.15-21).

11. Cf. a respeito Hugo Mazzilli, *Manual*, p. 46 e ss. A Constituição Federal (LGL\1988\3) alargou sobremaneira a atividade do Ministério Público (cf. Mazzilli, *Ministério Público na Constituição*, "passim"; José Roberto Bedaque, *Poderes*, p. 87.

12. Cf. Henrique Vescovi, *Tareas*, pp.166-167.

13. *No mesmo sentido*: Vicente Grecco Filho, *Direito Processual*, p. 154; José Fernando da Silva Lopes, *O Ministério Público*, p. 79; Allorio, *Il Pubblico Ministero*, p. 225; Frederico Marques, *Manual*, p. 291. *Contra*: Mendonça Lima, *A Atividade*, p. 72.

15. RE 93531-l-SP, Relator Min. Oscar Correa, *DJU*, 01 .07.1983, p. 9.998; RE 94.064-2-SP, Relator Min. Néri da Silveira, *DJU* 17.12.1982, p. 13.209.

18. O novo texto constitucional, em seu art. 127 tem redação semelhante: "O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

19. Como bem observa Liebman, promover a atuação da lei é precisamente a tarefa da autoridade judiciária. Ao Ministério Público cabe tal função "in quei campi e in quei casi in cui le norme giuridiche sono dettate da considerazione di utilità generale o sociale, cosicchè la loro concreta osservanza appare come necessaria aila sicurezza e al benessere deila società e ii compito di provocare la loro applicazione da parte dei giudici non puà essere lasciato all'iniciativa e all'arbitrio dei privati" ( *Monuole*, p. 108). Daí a definição de Ministério Público formulada pelo saudoso mestre: "l'organo istituito per promuovere l'attuazione delle nor- me di ordine pubblico" (ob. e p. cits.). *No mesmo sentido*: Calamandrei, *Istituzioni* (pp. 511-512). *Em sentido contrário*: João Francisco Moreira Viegas, "O Ministério Público", in *Justitio*, p. 100.

20. Para evitar confusões e comparações indevidas, convém ressaltar que, no Direito Italiano, a mera incapacidade de uma das partes não legitima a intervenção do Ministério Público no processo civil (cf. Liebman, *Manuale*, pp. 111-112 Calamandrei, *Istituzioni*, p. 532; Sergio Costa, *Diritto*

*Processuale*, pp. 120-122). Daí a conclusão da doutrina no sentido de que o Ministério Público, quando intervém nos processos civis instaurados pelas partes, é "totalmente svincolato dalie posizioni delle parte stesse, con riguardo alla sua attività ed ai suoi poteri sotto il profilo tecnico: attività e poteri che sono pur sempre quelli propri della parte" (Crisanto Mandrioli. *Corso*, p. 284; assim tb. Calamandrei, *Istituzioni*, p. 517). Abordando especificamente o tema e concluindo pela impossibilidade de intervenção do Ministério Público apenas em razão da incapacidade de uma das partes, v. Mario Vellani, *Il Pubblico Ministero*, pp. 92-95. Também no Direito Alemão o Ministério Público não tem função semelhante à do Curador de Incapazes (cf. Rosa Nery, *Notas*, p. 42).

22. Como bem observa Chiovenda, a idéia de direito subjetivo se resolve numa vontade concreta da lei. Isto é, a regra lega representa uma vontade geral, abstrata, hipotética. Com a verificação do fato previsto pela norma, forma-se a vontade concreta da lei (*Instituições*, pp. 3-4; v. tb. Pontes de Miranda, *Tratado*, pp. 4-5; José Carlos Moreira Alves, *Direito Subjetivo*, p. 109).

23. Corretíssima a conclusão de Hugo Mazzilli: "Quando a indisponibilidade se prende a uma pessoa - é o caso do incapaz que é acionado numa ação reivindicatória de um imóvel, por exemplo - não pode ele, nem seu representante legal, dispor do direito material em que se funda o litígio. Assim, a intervenção ministerial só pode ser protetiva, para nada mais fazer do que velar por dita indisponibilidade, que está ligada direta e unicamente ao incapaz. Não teria o Curador de Incapazes sequer interesse processual para recorrer contra os interesses da pessoa cuja incapacidade legitimou sua intervenção no feito, porque, nesse caso, estaria zelando por interesses disponíveis da parte contrária, maior e capaz" (*Curadoria de Incapazes*, p. 28).

24. Segundo Dinamarco, o Curador, em último caso, deve limitar-se a dizer que nada tem a acrescentar ao que alegou o incapaz. Assim agindo, ele não violenta a sua consciência e mantém a integridade do contraditório que o legislador pretendeu preservar (*Curadoria de Ausentes*, palestra).

25. Como bem observou Renata Helena Gobbet, ilustre Curadora de Ausentes e Incapazes da Capital, não se pode admitir que a proteção aos interesses indisponíveis do incapaz, desejada pelo legislador meramente eventual, aleatória.

26. Não se argumente que a questão se resolve com a aplicação das regras sobre ônus da prova. Essas são regras-julgamento, a serem utilizadas pelo Juiz, quando não lhe for possível decidir com apoio no conjunto probatório. Não pode o Curador de Incapazes socorrer-se delas, para decidir a quam dará o seu apoio (cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes Instrutórios*, p. 112).

27. Cf. Dinamarco, *Fundamentos*, onde o Autor reporta à expressão grifada no texto do Des. Antonio Celso de Carnargo Ferraz. Conclui o Ilustre Professor: "a figura processual do Ministério Público, neste caso, é a assistente, aquele que ingressa no *ad coadjuvandum*; por razões que no momento não interessam, o legislador considera o incapaz mais fraco dentro do processo e é preciso que essa fraqueza seja compensada. E é por isso que intervém o Ministério Público, para compensar a fraqueza e, portanto, para reforçar a parte. No processo crime também existe Curador que o Juiz nomeia ao incapaz, ao acusado que não tenha vinte-e-um anos. Por isso tudo nós vemos, então, que o princípio do contraditório é uma garantia real de informação e de participação no processo" ( *Fundamentos,* p. 98; *Instrumentalidade*,p. 191, nota 25).

28. Trata-se, evidentemente, de uma forma peculiar de assistência, diversa daquelas previstas nos arts. 50 a 55 do CPC (LGL\1973\5). *Nesse sentido*: Hugo Mazzilli, *Manual*, p. 49. Essa maneira de entender a atuação do Curador de Incapazes não é nova. A antiga lei orgânica da Justiça do Distrito Federal já prescrevia aos Curadores de Órfãos, de Família e Ausentes a atribuição de defender os direitos dos incapazes (Cód. Org. Jud., arts. 143, III, 145, V e 153, III). Guilherme Estellita anotou que, nesses casos, a atuação do Ministério Público está essencialmente ligada a condições especiais da situação das pessoas assistidas. O Estado assume por seus órgãos, a proteção desses interesses, tendo em vista as condições excepcionalmente desfavoráveis em que se encontram seus titulares. Conclui que a intervenção obrigatória do Ministério Público nos processos onde houver interesses de incapazes, determinada pelo art. 80, § 2º, do Código de 1939, outro fim não tinha senão "o da *produzir a defesa do interesse do incapaz,* pois essa é a função precípua do Ministério Público. Defesa que não exclui, antes completa ou supre, aquela outra, produzida pelo representante legal do incapaz, mediante o procurador judicial para esse fim constituído. Resulta do exposto, que essa intervenção do Ministério Público realiza exatamente a função da antiga curadoria à lide, tal

como instituída nas Ordenações do Reino. E tanto isso é exato que o Cód. de Org. Jud. do Distrito Federal, reproduzindo leis anteriores ao CPC (LGL\1973\5), encerra uma disposição deste teor: "Nos feitos em que intervier e funcionar o Ministério Público, é dispensada a nomeação de curador à lide" (art. 120)". (*O Ministério Público*, pp, 34-38).

29. *Nesse sentido, substancialmente*: Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos*, pp. 98 e 331-333; *Teoria Geral*, pp. 266-267; *Curadoria de Ausentes*; Hugo Nigro Mazzilli, *Curadoria de Ausentes*, p. 27 e ss. *Manual*, p. 47 e ss.; Antonio Araldo Ferraz Dal Pozzo, *Posição do Ministério Público*, pp. 110-122; Milton Sanseverino, *Curadoria de Ausentes*, p. 47. Segundo bem pondera Cândido Dinamarco, tal intervenção se justifica pelo princípio da igualdade das partes: "O menor, o louco, o pródigo, são pessoas que, por deficiência de diversa ordem, levam desvantagem perante os demais; sua defesa é confiada aos representantes legais, mas o legislador não deposita inteira confiança neles (ou seja, reconhece que eles podem falhar e não cuidar cumpridamente dos interesses do representado). Daí, a exigência de participação do Ministério Público", ("O Ministério Público", in *Reuniões*, p. 7). Embora sem aderir expressamente a qualquer das posições, José Raimundo Gomes da Cruz afirma que: "A conclusão que nos parece mais decisiva corresponde ao maior interesse em atuação fiscalizadora, técnica e concreta dos órgãos do Ministério Público, em favor do incapaz, por exemplo, do que em meras e automáticas expressões de apoio às manifestações e razões do advogado dele" (*O Problema da Vinculação*, p. 110).

30. Pela primeira corrente manifestou-se Hugo Mazzilli, *O Ministério Público e a Jurisdição Voluntária* , p. 217; Nelson Nery Jr. sustenta a segunda (cf. *A Intervenção*, p. 39). A doutrina dominante, sem dúvida, adota a última posição como bem observa Nelson Nery (ob. cit., p. 60, nota 34).

31. Cândido Dinamarco, *Fundamentos*, p. 320 e ss.; Édis Milaré, *O Ministério Público*, p. 144. Anote-se que Cândido Dinamarco, hoje Desembargador aposentado, integrou o Ministério Público de São Paulo. Tanto ele quanto Milaré apóiam a primeira tese.

32. Ibañez Froncham, *La Jurisdicción*, pp. 101-104.

33. Micheli, *Corso*, p. 81. Afirma ele que também na jurisdição voluntária o Juiz é portador do interesse público consistente na observância do direito objetivo, "nella specie alla miglior tutela di quell'interesse sostanziale che il legislatore ha ritenuto di meglio garantire atffidando al giudice il compito di protegerlo con il subordinare la possibilità di certi effetti giuridici alla pronuncia del giudice medesimo". *No mesmo sentido*: Edson Prata, que compara as situações submetidas à jurisdição voluntária com as sentenças declaratórias, pois em ambos os casos não houve violação do direito e está presente o caráter substitutivo da jurisdição (*Rev. Bras. Dir. Proc.* pp. 27-59). Assim também, Lopes da Costa, *A Administração Pública*, p. 62.

34. Ronaldo Cunha Campos, *Comentários*, pp. 259-266. Sustenta que nesses processos existe lide, pois estão em conflito os interesses das partes e os do Estado. Antonio Cláudio Costa Machado propõe seja a jurisdição voluntária tratada como verdadeira jurisdição, pois a existência ou não de lide é insuficiente para a caracterizar determinada atividade estatal como jurisdicional (cf. *Jurisdição Voluntária*, p. 68).

35. Cf. Elio Fazzalari, *La Giurisdizione*, pp. 237-240. Semelhante é a posição de Mandrioli, que conclui ser a jurisdição voluntária atividade diversa da atividade jurisdicional e mais próxima da administrativa, porque "non tende ad attuare diritti, ma semplicemente ad integrare o realizzare la (o rimuovere un ostacolo alla) fattispecie costitutiva di un stato personale o familiare...o di un determinato potere...o della vicenda costitutiva, modificativa o estintiva di una persona giuridica...o altre situazioni simili", Mas também não se confunde com a atividade administrativa, pois não tutela interesses imediatos do Estado, mas dos cidadãos. Embora semelhante à atividade jurisdicional constitutiva, pois ambas realizam modificações jurídicas, dela se distingue, visto que, as modificações jurídicas são realizadas sem que se tenha declarado a existência do direito a tais modificações. Diferencia-se, ainda, pela ausência de coisa julgada. Assim, embora funcional e estruturalrnente esteja mais ligada à administração, "in quanto è svolta da organi giurisdizionali e partecipa di talune caratteristiche fondamentali. proprie dell'attività di questi organi (irnparzialità del giudice ed attribuzione di nu ruolo attivo alle parti), può essere inclusa in un'ampia nozione della giurisdizione" (*Corso,* pp. 25-26 e 31).

36. Liebman, *Manuale*, p. 25; Frederico Marques. *Ensaio*, pp. 75-76; Guasp, *Derecho Procesal*, p.106; Allorio, *Problemas*, p. 30; Arruda Alvim, *Cód. Proc.* Civ., pp. 40-41; Cintra, Grinover e Dinamarco. *Teoria Geral*, pp. 105-108.

37. Zanzucchi, *Diritto Processuale*, pp. 47-48. Sustenta o autor existir profunda semelhança entre determinadas espécies de jurisdição contenciosa (processos necessários) e jurisdição voluntária.

38. Frederico Marques pondera que o Juiz, quando exerce as funções de jurisdição voluntária, não atua com o intuito de fazer observar a ordem jurídica, mas para possibilitar que uma relação jurídica possa constituir-se ou modificar-se: "O órgão judiciário presta sua assistência, integrando um negócio jurídico, e isto porque o Estado, apesar de tratar-se de relações de interesse individual, entende dever tutelá-las a fim de garantir melhor os preceitos legais que regem essas relações da vida" (*Ensaio,* p. 76).

39. "La giurisdizione volontaria rientra quindi nell'attività sociale non nell'attività giuridica dello Stato: anche per essa, como per l'attività amministrativa, il diritto non è scopo, rna mezzo che serve al soddilacimento di altri scopi, cioè, alla costituzioni di nuovi rapporti corrispondenti a interessi sociali degni di speciali assistenza". (Calamandrei, *Istituzioni*, p. 85). A doutrina tem entendido pois, que a jurisdição encontra-se, na verdade, no âmbito da administração (cf. Jannuzzi, *Manuale*,pp. 12-13; Frederico Marques, *Ensaio*, pp. 75-76).

40. Segundo Calamandrei, a única diferença entre os atos jurisdicionais constitutivos e aqueles de jurisdição voluntária é que os efeitos constitutivos do ato jurisdicional são conseqüência de um *prévio acertamento*, com o qual o juiz reconheceu a ausência de circunstâncias de fato necessárias a que permaneça em vigor determinada norma primária. Na anulação de casamento, p. ex., aquela norma que estabelece quais os requisitos para a validade do matrimônio. Assim, esta no efeito constitutivo do ato jurisdicional, presente também na jurisdição necessária, a diferença entre esta e a voluntária ( *Istituzioni*, p. 86).

41. A diferença entre jurisdição contenciosa e voluntária é minimizada por Cândido Rangel Dinarnarco, em razão da postura metodológica por ele proposta, deixando em segundo piano a visão interna do sistema processual, para considerá-lo "a partir de um ângulo externo, no contexto da ordem jurídica e política da nação e a partir da clara definição de seus objetivos. Assim é que, convergindo as atividades processuais juiz, como atos de positivação do poder casos concretos ( *cases and controversies*), a certos objetivos localizados no plano social e político, ao observador distante elas situam num compartimento só e têm um significado social e político". (I*nstrumentalidade* , p. 176).

43. Cf. art. 41, VI, da Lei Complementar estadual 304/82. Como ao legislador estadual não é permitido legislar sobre processo, a questão deve ser analisada apenas à luz da lei federal.

44. Chiovenda, *Instituições*, p. 3; Liebman, *Manuale*, p. 4; Micheli, *Corso*, p. 4; Hélio Tornaghi, *Instituições*, p. 228. Para Dinamarco, este é um dos oscopos da jurisdição - o jurídico. A ele se acrescentam o social e o político (cf. *Instrumentalidade*, p. 447).

45. Calamandrei, *Istituzioni*, p. 43.

46. Idem, ob. cit., pp. 47-50.

47. Como bem observa Liebman, "a jurisdição tornou-se uma função pública que o Estado exerce não mais simplesmente para proteger os direitos individuais, mas para satisfazer um interesse público" (*Execução*, p. 54).

48. Cf. Afrânio Silva Jardim. *Da Publicização*, p. 121.

49. Corretamente conclui Dinamarco: "A rigor, em todo processo há um interesse público, que é o interesse público ao correto exercício da jurisdição, a qual é uma função do Estado. Mas o interesse público que legitima o Ministério Público é outro e diz respeito às partes, ao próprio litígio ou peculiaridades do processo" (*Instrumentalidade*, p. 415, nota 24). Sobre a necessidade de distinguir o interesse público existente em todo processo, daquele ensejador da atuação ministerial, cf.

Mazzilli, *O Ministério Público e a Jurisdição Voluntária*, pp. 219-223; *O Ministério Público*, pp. 136-138.

50. Ao contrário de Lopes da Costa, adota-se o termo *jurisdição voluntária* apenas para as hipóteses em que a administração pública de interesses privados é exercida pelo Juiz. Assim também Frederico Marques. Prefere a corrente ampliativa Hugo Mazzilli (cf. Lopes da Costa, *Manual*, p. 105-106; Mazzilli, *O Ministério Público*, p. 218). Calamandrei também considera a jurisdição voluntária como espécie de administração pública de interesses privados, isto é, aquela exercida por órgãos jurisdicionais (cf. *Istituzionis,* p. 84. *No mesmo sentido*: Milaré, ob. cit., p. 131).

51. Cf. arts. 1.112, IV e V, 1.113 e ss.; 1.205 e ss. Na especialização da hipoteca, excetua-se a hipótese do art. 827, VII, c/c o art. 842, II, ambos do CC.

52. Os arts. 632 do CC e 1.210 do CPC (LGL\1973\5) são expressos quanto à possibilidade de atuação espontânea das normas, em havendo acordo entre os interessados.

53. *Nesse sentido*: Mazzilli, *O Ministério Público*, p. 225.

54. Cf. Frederico Marques, *Instituições*. Conforme já se disse: "Esse erro de técnica. infelizmente muito comum, de nenhum modo descaracteriza a natureza de cada norma" (Hermenegildo de Souza Rego, *Natureza das Normas*, pp. 2-3). Outro exemplo evidente de equívoco cometido pelo legislador é o da assistência. Embora caso típico de intervenção de terceiros, encontra-se fora do capítulo próprio, integrando o do litisconsórcio Nem por isso a doutrina deixa de tratá-lo como hipótese de intervenção de terceiro (cf. Ubiratan Maurício, *Assistência*, pp. 33-34). Acertada, pois, a observação de Mazzilli, *O Ministério Público*, pp. 220 e 227.

55. Para os que consideram a de como elemento essencial à caracterização da atividade jurisdicional (Milaré, ob. cit., p. 134; Mazzilli, ob. cit., p. 215; Nelson Nery, ob. cit., p. 46) a conclusão não se altera. Existe a situação litigiosa, na medida em que uma das partes resiste à pretensão da outra, quanto à alienação, administração, locação da coisa comum, ou especialização da hipoteca.

56. Frederico Marques concorda com a natureza contenciosa do processo de interdição (*Ensaio*, p. 289). *No mesmo sentido*: Calamandrei, *Istiluzioni*, p. 86. Todavia há controvérsia a respeito (cf. Jannuzzi, *Manuale*, pp. 728-730).

57. Vicente Greco conclui que, em havendo discordância inicial, o processo é de jurisdição contenciosa, visando a compelir o condômino recalcitrante a vender o bem dar-lhe administrador ou locá-lo (cf. *Direito Processual*, p. 268). Tanto não existe interesse público a ser tutelado que, se as partes resolverem fazer acordo no curso do processo, por mais absurdos que sejam seus ermos, nada poderá fazer o Curador. Trata-se de interesse disponível.

59. Deve-se utilizar da exegese estrita quando um princípio, se aplicado na íntegra, for além do escopo evidente para o qual foi feito o dispositivo (Maximiliano, ob. cit., p. 205).

60. Acertada, mais uma vez, a observação de Mazzilli, ob. cit., pp. 220 e 227.

61. Convém atentar, aliás, para a correta ponderação de Hugo Mazzilli, sobre o absurdo de se entender que o Ministério Público também possa ter iniciativa em todo processo de jurisdição voluntária, como parece fazer crer o art. 1.104 (cf. ob. cit., p. 227).

62. Entendimento contrário ao aqui sustentado levaria à inconstitucionalidade do art. 1105.

63. Nelson Nery, ob. cit., p. 48 e ss.

64. Dinamarco, *Fundamentos*, p. 325.